

Kanun: İŞ KANUNU

Esas No: 2008/3414

Karar No: 200917161

Merci: Yargıtay 9 Hukuk Dairesi Tarih: 22/06/2009

**Özü :** TEKNOLOJİK YAPILANMA NEDENİ İLE İSTİHDAM FAZLASI MEYDANA GELMİŞ VE FESİH KAÇINILMAZ OLMUŞTUR. DAVALI İŞVERENİ İŞTEN ÇIKARILACAKLARI BELİRLEMEDE BAĞLAYAN BİR KURAL DA YOKTUR. DAVACININ İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞLETME, İŞYERİ VE İŞİN GEREKLERİNDEN KAYNAKLANAN GEÇERLİ NEDENE DAYANMAKTADIR. DAVANIN REDDİ YERİNE YAZILI ŞEKİLDE KABULÜ HATALIDIR.

**DAVA :** Davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verilmesini talep istemiştir.

Mahkeme, feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine, işe başlatmama tazminatının 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca belirlenmesine karar vermiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi B.K. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

**KARAR:** Davacıyı temsile eden sendika vekili, davacı işçinin iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından geçerli neden olmadan ve sendikal nedenle feshedildiğini, her ne kadar bir takım ekonomik, teknolojik ve yapısal nedenlerle iş akdinin feshinden söz edilmekte ise de, feshin gerçek sebebinin işyerindeki sendikalaşma faaliyetlerini engelleme amacı güttüğünü, iş yerinde yarıdan fazla çalışanı üye yapan sendikanın TİS yetki başvurusu sonucu çoğunluğu sağladığının tespit edildiğini, işverenin bunun üzerine fesih işlemlerini gerçekleştirdiğini, işyerinin zarara uğrayıp küçülmesi bir yana yeni yatırım ve teknolojik değişikliklerle üretim kapasitesini arttırdığını, akdin fesih tarihine kadar fazla mesailerin devam ettiğini, tüm bu sebeplerle geçerli bir fesih sebebi bulunmadığını, feshin sendikal nedene dayandığını belirterek, feshin geçersizliğine, davacı işçinin işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesi uyarınca belirlenmesini talep etmiştir.

Davalı işveren vekili, davalıya ait iş yerinde ısıcam ve mimari cam olmak üzere iki ana alanda üretim yaptıklarını, ısı camının perakende satış sistemine dayalı olup işçilik maliyetinin yüksekliğine rağmen kâr marjının düşük olduğunu, ısı cam sektöründe kayıt dışı işçi çalıştıran ve faturasız veya düşük faturalı satış yapan çok sayıda küçük üretici olduğunu, bu sektörde bulunan müvekkil şirket müşterilerine sipariş takibi, ürün nakliyesi ve taksit yapmanın zahmetli ve riskli olduğunu, bu nedenlerle 2006 yılı

başında ısı cam sektöründen çıkıp, mimari cam sektöründe uzmanlaşma kararı aldıklarını, buna bağlı olarak yeni makineler satın alındığını, ısı cam siparişlerinin temini için fazla mesai yapıldığını, yeni üretim biçimine geçilmesi sebebiyle atıl hale gelen 45 personelin iş akitlerinin feshi için gerekli bildirimlerinin yapıldığını, bu işçilerden eski müşterilerinin perakende siparişlerini yerine getirmek için 10 işçinin iş sözleşmelerinin devam ettirildiğini, 35 işçinin iş sözleşmelerinin feshedildiğini, bu fesihlerin ekonomik, teknolojik ve yapısal sebeplere dayalı işletmenin gerekleri sonucu yapılan fesihler olduğunu, feshin sendikal nedene dayalı olmadığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece keşif sonrası bilirkişi raporu alınarak, davalı işyerinde çalışan davacının işyerinde perakende ısı cam sektöründen çıkmak ve diğer faaliyet alanı olan büyük binalara yönelik özel cam üretiminde yoğunlaşma kararına varılması sonucu ekonomik, teknolojik ve yapısal nedenlerden dolayı iş akdinin 4857 sayılı yasanın 17., 18. ve 29. maddesi uyarınca feshedildiğinin bildirildiği, bilirkişi raporundan da anlaşılacağı üzere davalı şirket Yönetim Kurulu'nun 24.02.2006 tarihli kararıyla ısı cam sektörünü bırakıp mimari cam sektörüne dönülme kararı verildiği, bu sebeple temper fırın, kesim masası, yatay cam yıkama makinesi, folyo ve rodaj makinesi gibi makinelerin bu süreç içerisinde alındığı, eski kesim hattında vardiyalı ve 12 kişiyle üretim yapılmakta iken yeni sistem sonucu tek vardiyalı 4 kişiyle işin yapılabilceği, alınan sipariş durumuna göre 26 kişi yerine yeni sistemle 17-18 kişiyle işin yapılabilceği teknolojik değişiklik sonucu şirket kâr marjının %24'den %25'e çıktığı, bu üretim değişikliği sonucu az müşteriyle çok iş yapma avantajı sağlandığı, toplu fesiHLere yönelik yasanın 29. maddesinin öngördüğü bildirimlerinin yapıldığı, iş yerinde işçilerin sendikal örgütlenmelerine 2006 ağustos ayında başlayıp sendikanın 31.08.2006 tarihinde TİS yetki başvurusunda bulunduğu, sendikanın yetki aldığını belirlendiği 2006 ağustos ayından yıl sonuna kadar 47 işçinin iş sözleşmelerinin feshedildiği, bunlardan 26 işçinin sendikalı olduğu, fesihten sonra 2007 haziran ayından itibaren iş yerine yeni işçilerin alındığı, bunların arasında sendikalı işçilerin de olduğu, bu nedenlerle iş akitlerinin sendika üyelik veya sendikal faaliyetler yapıldığına dair davacı iddialarının yönteminde ispatlanamadığı fesih işlemiyle sendikal faaliyetleri arasında herhangi bir illiyetliğin kurulamadığı fesih işleminin sendikal sebeplerle yapılmadığı, davalı şirketin ısı cam üretiminden mimari cam üretimine geçme kararı alındığı, işverenin hangi üretim modeline göre üretim yapacağını yönetsel bir hak ve tasarrufu olup bu uygulamanın yargı denetimine tabi olamayacağı, fakat yeni teknoloji kullanımı ve yeni üretim biçimi sonucu doğan istihdam fazlalığı sebebiyle işçilerin iş akitlerinin feshinde, feshin son çare olma ilkesi ile sosyal seçim kriterlerinin uygulanıp uygulanmadığı noktasında mahkeme denetimine tabi olup iş akdinin feshedilen işçilerin hangi kriterlere göre seçildiği işverence tespit olunamadığı gibi gerek bilirkişi raporu gerekse tanık anlatımlarından da anlaşılacağı üzere fazla mesailerin fesih tarihine kadar devam ettiği, fesih tarihinden sonra da eldeki siparişlerin yerine getirilmesi bakımından üretimin Ö., G., B. D.C. gibi firmalara yaptırıldığı, fesih tarihi itibarıyla işçi gereksinimi mevcut olup mevcut siparişlerin başka firmalara yaptırılması yerine iş akitleri feshedilen işçilerce yaptırılmasının mümkün olduğu, oysa böyle bir uygulama yoluna gidilmediği, yine fesih sonrası fazla mesailerin devam ettiği dikkate alındığında, iş için gerekli istihdam ihtiyacının fazla mesailer yoluyla karşılandığı anlaşılacakla feshin son çare olma ilkesinin de işverence gözetilmediği bu nedenlerle geçerli fesih nedeni bulunmadığı gerekçesi ile feshin geçersizliğine, davacının işe iadesine ve işe başlatmama tazminatının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca belirlenmesine karar verilmiştir.

Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verildiği halde, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren amaç ve içeriğini belirlemede serbest olduğu kararlar, yönetim hakkı kapsamında olabilir. Geniş anlamda, işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda, bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan fesihle, yargısal denetim yapılabilmesi için mutlaka bir işletmesel karar gerekir. İş sözleşmesinin iş, işyeri veya işletme gereklerine dayalı olarak feshi, işletmesel kararın sonucu olarak gerçekleşmekte, fesih işlemi de işletmesel karar çerçevesinde değişen durumlara karşı işverene tepkisini oluşturmaktadır. Bu kararlar işletme ve işyeri içinden kaynaklanan nedenlerden dolayı alınabileceği gibi, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerden dolayı da alınabilir. Bu nedenler, bir ya da birden fazla işçinin işyerinde çalışmaya devam etmesi gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak ortadan kaldırıyorsa, dikkate alınmalıdır.

Feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı ( tutarlılık denetimi ), işverenin fesihle keyfi davranıp davranmadığı ( keyfilik denetimi ) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı ( ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi ) açıklığa kavuşturulmalıdır.

Girişim özgürlüğü kapsamında serbestçe işletmesel karar alan, bu işletmesel kararı şekil açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nun 19. maddesi, esas yönünden ise aynı yasanın 18, 20, 21 ve 22. maddeleri uyarınca denetime tabi tutulan işverenin, ileri sürülmediği veya taraflar arasında bu konuda ayrıca bir düzenleme bulunmadığı sürece, işgücü fazlalığı nedeni ile işten çıkarılacak işçilerin seçiminde bir kriter tabi tutulmasının yasal olmayacaktır. İşten çıkarılacak işçilerin seçiminde taraflar arasında bir bireysel veya toplu, ya da sözleşme eki iç yönetmelik hükmü var ise, işverenin bu hükümlere uyup uymadığı, keza işveren hiçbir iddia ve sözleşme hükmü olmadan çıkarılan işçilerin seçiminde bazı kriterleri dikkate aldığını, örneğin emekliliği gelenleri veya performansı yetersiz olanları seçtiğini savunmuş ise, bu savunmasının tutarlılık denetimi kapsamında denetime tabi tutulması, feshin geçersizliğini iddia eden işçinin, işverenin kendisini işten çıkarırken, keyfi olarak davrandığını, kendisinin seçilmemesi gerektiğini ileri sürdüğü takdirde, bu iddiasının da keyfilik denetimi kapsamında incelenmesi gerekir.

Dosya içeriğine göre sendika üyelik süreci ve fesih tarihinden çok önce ekonomik nedenlerle yeniden yapılandırıldığı ve teknolojik yenilenme kararı aldığı ve uyguladığı, bu nedenle toplu işçi çıkarma kararı aldığı, davacı ve diğer bir grup işçinin bu kararlardan sonra sendikaya üye olduğu ve sendikanın TİS yapma yetkisi aldığı, davalı işverenin bu süreçte 47 işçinin iş sözleşmesini feshettiği, bu işçilerden 26 işçinin sendika üyesi

olduğu, işyerinde yapılan keşif sonrası davalı işverenin teknolojik ve yapısal değişikliği uyguladığı ve bu uygulama nedeni ile istihdam fazlalığının kaçınılmaz olduğunun belirlendiği anlaşılmaktadır. Her şeyden önce feshin sendikal nedene dayanmadığı ve bu yönde mahkemece yapılan tespitin yerinde olduğü görülmektedir.

Somut uyuşmazlıkta ekonomik nedenlerle yeninden yapılanma ve teknolojiyi yenileme kararı kurucu bir işveren kararıdır. Bu kararın yanlış ve doğruluğu tartışılmaz. Bu işletmesel karar sonrası istihdam fazlası meydana geldiği de tartışmasıdır. Davalı işverenin işletmesel kararı aldığı tarihten fesih tarihine ve fesih tarihinden sonra da ilk 6 ay içinde yeni işçi almadığı da saptanmıştır. O halde işverenin bu kararda tutarlı davrandığı ve sendika üyesi olmayan işçileri de çıkarmakla keyfi davranmadığı da sabittir. Geriye yargısal denetim açısından feshin kaçınılmaz olup olmadığının, feshin son çare olması ilkesine aykırı davranılıp davranılmadığı ile işvereni işten çıkarılacakları seçmede bağlayan bir kriter olup olmadığının açıklanması kalmaktadır. Mahkeme özellikle fazla mesailerin devam etmesi ve siparişler nedeni ile dışarıya fason üretimi yaptırılmasını, feshin kaçınılmazlığını engellediğini ve feshe son çare olarak bakılmadığının kanıtı olarak değerlendirmiştir. Ayrıca işverenin işten çıkarılacakları seçmede objektif davranmadığını gerekçe göstererek feshin geçerli nedene dayanmadığını kabul etmiştir.

Oysa aynı tarihte iş sözleşmesi feshedilen işçi ile ilgili Karşıyaka 1. İş Mahkemesince verilen feshin geçersizliği kararı, Dairemizi 2008/19770 Esasında incelenmiş ve "İşyerinde fazla mesai yapıldığı tespit edilmiş ise de, yeni makinelerin alımından sonra fazla mesai süresinin çok büyük oranda düştüğü, somut olayda sosyal seçim ölçütünün göz önünde bulundurulmasını gerektiren herhangi bir yasal veya sözleşmesel düzenleme de bulunmadığı, bu durumda feshin geçerli nedene dayandığının kabulü ile davanın reddi gerektiği" gerekçesi ile yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir. Gerçekten de fazla mesailer fesihlerden önce olduğü gibi, fesihlerden sonra da azalarak devam etmiş, istihdamı sağlayacak etkisi somut olarak tespit edilememiştir. Diğer taraftan fason üretimin 3. kişilere fesihlerden çok sonra sipariş artması üzerine verildiği ve sonuca etkili olmadığı anlaşılmaktadır. Teknolojik yapılanma nedeni ile istihdam fazlası meydana gelmiş ve fesih kaçınılmaz olmuştur. Davalı işvereni işten çıkarılacakları belirlemede bağlayan bir kural da yoktur. Davacının iş sözleşmesinin işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.

4857 sayılı İş Yasasının 20/3 maddesi uyarınca Dairemizce aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

**SONUÇ:** Yukarda açıklanan gerekçe ile;

1- Mahkemenin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- Davanın REDDİNE,

3- Harç peşin alındığından yeniden alınmasına yer olmadığına,

4- Davacının yapmış olduğu yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına, davalının yaptığı 30.00 TL yargılama giderinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine,

5- Karar tarihinde yürürlükte bulunan tarifeye göre 575- TL ücreti vekaletin davacıdan alınarak davalıya verilmesine,

6- Peşin alınan temyiz harcının isteği halinde davalıya iadesine, kesin olarak, 22.06.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.